

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Hof van Justitie 3 februari 2022, nr. C-461/20

Reference:

Martens Cédric.- Hof van Justitie 3 februari 2022, nr. C-461/20
Tijdschrift voor insolventie- en beslagrecht - ISSN 2593-5569 - 2(2023), p. 21-27
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/2010730151162165141>

Cédric Martens

Advocaat Balie Brussel
Vrijwillig wetenschappelijk medewerker UA Antwerpen

Trefwoorden:

Faillissement – herstructurering – insolventie – overheidsopdracht – raamovereenkomst – overdracht – curator – Richtlijn 2014/24 – artikel 38/3, 2° AUR

Samenvatting:

Een onderneming die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer de rechten en verplichtingen van deze laatste heeft overgenomen, die (louter) voortvloeien uit een met de aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, wordt geacht onder gedeeltelijke titel in de positie van deze aanvankelijke aannemer te zijn getreden. Deze overname is het gevolg van de herstructurering van de aanvankelijke aannemer in de zin van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van Richtlijn 2014/24 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten.

Arrest Hof van Justitie 3 februari 2022, nr. C-461/20:

“ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

3 februari 2022

(...)

In zaak C-461/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) bij beslissing van 15 september 2020, ingekomen bij het Hof op 24 september 2020, in de procedure

Advania Sverige AB,

Kammarkollegiet

tegen

Dustin Sverige AB,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: (...)

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificaties in PB 2015, L 184, blz. 31, en PB 2021, L 410, blz. 200).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Advania Sverige AB (hierna: „Advania”) en de Kammarkollegium (nationaal agentschap voor juridische, financiële en administratieve diensten, Zweden) enerzijds en Dustin Sverige AB (hierna: „Dustin”) anderzijds over het besluit van dit agentschap om de overdracht van vier raamovereenkomsten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 2014/24 goed te keuren.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 De overwegingen 107 en 110 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

„(107) Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen, waaronder de verdeling van intellectuele-eigendomsrechten. Deze wijzigingen tonen aan dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. Dat doet zich met name voor indien de gewijzigde voorwaarden, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure, invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure.

[...]

(110) Overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie mag de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, bijvoorbeeld wanneer een opdracht beëindigd wordt wegens gebrekkige uitvoering, niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder nieuwe mededingingsstelling. De begunstigde inschrijver moet in de loop van de uitvoering van de opdracht, met name wanneer de opdracht aan meer dan een onderneming is toegekend, bepaalde structurele veranderingen kunnen ondergaan, bijvoorbeeld door zuiver interne reorganisatie, overname, fusie en acquisitie of insolventie. Deze veranderingen hoeven niet automatisch tot een nieuwe aanbestedingsprocedure te leiden voor elke opdracht die door deze inschrijver wordt uitgevoerd.”

- 4 Artikel 72 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd”, bepaalt:

„1. Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

[...]

- d) wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:
 - i) een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie overeenkomstig punt a);
 - ii) rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve

selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen, of

- iii) het feit dat de aanbestedende dienst zelf de verplichtingen van de hoofdaannemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt, indien overeenkomstig artikel 71 in deze mogelijkheid is voorzien;
- e) indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4.

[...]

4. Een wijziging van een opdracht of een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt als wezenlijk beschouwd in de zin van lid 1, onder e), wanneer de opdracht of raamovereenkomst hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Onverminderd de leden 1 en 2 wordt een wijziging geacht wezenlijk te zijn wanneer aan een of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
- b) de wijziging verandert het economische evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst;
- c) de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst;
- d) een nieuwe aannemer in de plaats is gekomen van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan de in lid 1, onder d), genoemde gevallen.

[...]"

Zweeds recht

(...)

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 7 De Kammarkollegium heeft vier raamovereenkomsten met nieuwe mededingingstelling voor de aankoop van computerapparatuur gegund op basis van een niet-openbare procedure op grond van de inmiddels ingetrokken lag (2007:1091) om offentlijk upphandling (wet nr. 1091 van 2007 inzake overheidsopdrachten). In deze procedure werden 17 kandidaten geselecteerd, waaronder Advania, Dustin en Misco AB. In tegenstelling tot Advania behoorden Dustin en Misco tot de 9 kandidaten die werden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Na afloop van deze procedure werden aan Misco raamovereenkomsten voor de vier betrokken gebieden gegund. Aan Dustin werden raamovereenkomsten voor twee gebieden gegund.
- 8 Bij brief van 4 december 2017 heeft Misco de Kammarkollegium om toestemming verzocht voor de overdracht aan Advania van de vier aan haar gegunde raamovereenkomsten. Op 12 december 2017 is Misco failliet verklaard en op 18 januari 2018 heeft de curator van deze onderneming een overeenkomst gesloten met Advania over de overdracht van deze raamovereenkomsten. In februari 2018 heeft de Kammarkollegium deze overdracht goedgekeurd.

- 9 Dustin heeft daarop bij de Förvaltningsrätt i Stockholm (bestuursrechter in eerste aanleg Stockholm, Zweden) een verzoek ingediend tot nietigverklaring van de raamovereenkomsten tussen Advania en de Kammarkollegium.
- 10 De Förvaltningsrätt i Stockholm heeft dit verzoek afgewezen. Hij heeft geoordeeld dat de Kammarkollegium terecht had vastgesteld dat de betrokken rechtsopvolging voortvloeide uit de herstructurering van Misco. Deze rechter oordeelde verder dat Advania de betrokken raamovereenkomsten en de bedrijfstakken die de uitvoering van deze overeenkomsten mogelijk maken, had verworven onder de voorwaarden van hoofdstuk 17, § 13, van de wet inzake overheidsopdrachten, die artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 in Zweeds recht omzet.
- 11 Dustin heeft tegen het vonnis van de Förvaltningsrätt i Stockholm hoger beroep ingesteld bij de Kamarrätt i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden), die dit hoger beroep heeft toegewezen en de vier raamovereenkomsten tussen Advania en de Kammarkollegium nietig heeft verklaard. Deze rechter was van oordeel dat Advania niet kan worden geacht op de in hoofdstuk 17, § 13, van de wet inzake overheidsopdrachten bedoelde wijze onder algemene of gedeeltelijke titel in de plaats te zijn getreden van Misco, aangezien Misco, behalve de onderhavige raamovereenkomsten, nagenoeg geen activiteiten heeft overgedragen aan Advania. Ter ondersteuning van deze conclusie heeft de Kamarrätt i Stockholm opgemerkt dat slechts één werknemer van Misco vervolgens is overgestapt naar Advania, de klantenlijst van Misco niet volledig was bijgewerkt of niet relevant was, klanten van Misco reeds van aannemer waren veranderd en dat niets erop wees dat Advania een aantal onderaannemers van Misco had overgenomen of dat andere raamovereenkomsten met de overheid aan Advania waren overgedragen, ook al was Misco partij geweest bij minstens één andere raamovereenkomst met de overheid.
- 12 Advania en de Kammarkollegium hebben tegen het arrest van de Kamarrätt i Stockholm elk hogere voorziening ingesteld bij de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden). In hun hogere voorzieningen betwisten zij de beoordeling van de appelrechter met betrekking tot de aard en de omvang van het voorwerp van de betrokken overdracht niet. Niettemin voeren zij aan dat een dergelijke overdracht voldoet aan de voorwaarde voor de in hoofdstuk 17, § 13, van de wet inzake overheidsopdrachten bedoelde rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel.
- 13 Advania betoogt voor de verwijzende rechter dat richtlijn 2014/24 niet vereist dat naast de raamovereenkomsten ook een activiteit van een bepaalde aard of omvang wordt overgedragen aan de nieuwe aannemer, die in de plaats komt van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk heeft gegund.
- 14 De Kammarkollegium voert in zijn hogere voorziening voor de verwijzende rechter aan dat het begrip „rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel”, dat een van de wijzen van overdracht is waarin de betrokken bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten en richtlijn 2014/24 voorzien, aldus moet worden uitgelegd dat de verkrijgende aannemer enkel gehouden is om in de plaats te treden van de aanvankelijke aannemer voor wat de rechten en verplichtingen betreft die voortvloeien uit de betrokken opdracht of raamovereenkomst. Door naast deze indeplaatstreding ook de overdracht van activiteiten of activa te vereisen, wordt de toepasselijkheid van deze bepalingen aanzienlijk beperkt. Van cruciaal belang is dat de nieuwe aannemer de betrokken opdracht of raamovereenkomst kan uitvoeren overeenkomstig de aanvankelijk vastgestelde voorwaarden en vereisten.
- 15 Dustin voert voor deze rechter aan dat de in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 gestelde voorwaarde inzake de rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer ten gevolge van herstructurering van de onderneming, de situaties omvat waarin de bedrijfstakken waarop de betrokken opdracht of raamovereenkomst betrekking heeft worden overgedragen aan de nieuwe aannemer. De overdracht van de betrokken opdracht of raamovereenkomst is slechts bijkomstig ten opzichte van de overdracht van de activiteiten. De overdracht van gegunde opdrachten of raamovereenkomsten zonder gelijktijdige overdracht van de betrokken bedrijfstakken leidt niet alleen tot de handel van

dergelijke opdrachten of raamovereenkomsten, maar ook tot de gedeeltelijke overdracht van uit deze opdrachten of raamovereenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen.

- 16 In deze omstandigheden heeft de Högsta förvaltningsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Brenge de omstandigheid dat een nieuwe aannemer de uit een raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de aanvankelijke aannemer heeft overgenomen nadat laatstgenoemde aannemer failliet is verklaard en de overeenkomst uit de activa is overgedragen, met zich mee dat de nieuwe aannemer moet worden geacht in de positie van de aanvankelijke aannemer te zijn getreden in omstandigheden als bedoeld in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van [richtlijn 2014/24]?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 17 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een ondernemer die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer – die tot diens liquidatie heeft geleid – slechts de rechten en verplichtingen van laatstgenoemde heeft overgenomen die voortvloeien uit een met een aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, moet worden geacht deze aanvankelijke aannemer onder de in die bepaling bedoelde voorwaarden te hebben opgevolgd.
- 18 Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat in het algemeen de vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund door een nieuwe aannemer moet worden aangemerkt als een wijziging van een van de essentiële voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht, en dus als een wezenlijke wijziging van de opdracht die moet leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde opdracht, overeenkomstig de beginselen van transparantie en gelijke behandeling die ten grondslag liggen aan de verplichting tot mededinging tussen de potentieel geïnteresseerde gegadigden uit de verschillende lidstaten (zie in die zin arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punten 40 en 47). Dit beginsel is gecodificeerd in artikel 72, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24.
- 19 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting die daaruit voortvloeit eraan in de weg staan dat de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver na de gunning van een overheidsopdracht aan de bepalingen van deze opdracht zodanige wijzigingen aanbrengen dat deze bepalingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht (zie in die zin arrest van 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punt 28).
- 20 Bij wijze van uitzondering bepaalt artikel 72, lid 1, onder d), ii), van deze richtlijn dat een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund zonder nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig dezelfde richtlijn kan vervangen ten gevolge van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.
- 21 Volgens de bewoordingen van dit artikel wordt voor de toepassing van de betrokken uitzondering met name als voorwaarde gesteld dat de vervanging van de gewezen aannemer het gevolg is van een rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel ten gevolge van herstructurering van de onderneming, onder meer door insolventie.
- 22 In casu vraagt de verwijzende rechter zich af of is voldaan aan de voorwaarde van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer ten gevolge van insolventie wanneer de nieuwe aannemer enkel de rechten en verplichtingen

overneemt die voortvloeien uit de raamovereenkomst die met de aanbestedende dienst is gesloten en niet de activiteiten van de aanvankelijke aannemer die onder die raamovereenkomst vallen, geheel of gedeeltelijk overneemt.

- 23 In dit verband moet met betrekking tot de bewoordingen van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 ten eerste worden opgemerkt dat de vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk heeft gegund slechts is toegestaan „ten gevolge van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer”. Hieruit volgt dat deze rechtsopvolging kan inhouden dat de nieuwe aannemer de activa van de aanvankelijke aannemer geheel of gedeeltelijk overneemt, en dus, zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat enkel een overheidsopdracht of een raamovereenkomst die tot de activa van de aanvankelijke aannemer behoort, wordt overgedragen.
- 24 Voorts moet worden opgemerkt, zoals de advocaat-generaal in punt 95 van zijn conclusie heeft gedaan, dat het verplicht stellen van een overdracht van activa ter voorkoming van een omzeiling van de gunningsregels niet noodzakelijk is, aangezien voor de overdracht van de overheidsopdracht of de raamovereenkomst hoe dan ook de in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 gestelde voorwaarde geldt dat de overdracht niet mag worden gebruikt om zich aan de toepassing van richtlijn 2014/24 te onttrekken.
- 25 Voorts volstaat, zoals Dustin betoogt, een dergelijke uitlegging van het begrip „rechtsopvolging onder gedeeltelijke titel” in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 weliswaar op zich niet om te waarborgen dat de nieuwe aannemer de betrokken opdracht of raamovereenkomst uitvoert met een bekwaamheid die gelijkwaardig is aan die van de aanvankelijke aannemer, maar dit neemt niet weg dat die bepaling een dergelijke overdracht afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de nieuwe aannemer voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria.
- 26 Uit de bewoordingen van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 volgt dus dat het begrip „insolventie”, dat onder het begrip „herstructurering” valt, de structurele wijzigingen van de aanvankelijke aannemer omvat, met name de insolventie waarin het faillissement dat tot de liquidatie leidt is begrepen.
- 27 Wat ten tweede de draagwijdte van het begrip „insolventie” betreft, dat onder het begrip „herstructurering” valt, moet worden onderzocht of dit begrip veronderstelt dat de nieuwe aannemer de activiteiten die onder de betrokken raamovereenkomst vallen, geheel of gedeeltelijk overneemt.
- 28 De eerste drie voorbeelden van „herstructurering” in artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24, met name de overname, de fusie en de acquisitie, kunnen weliswaar impliceren dat ten minste een deel van de activiteiten van de aanvankelijke aannemer wordt voortgezet, maar dit neemt niet weg dat deze bepaling ook insolventie noemt als voorbeeld van herstructurering. Zoals de advocaat-generaal in punt 47 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan insolventie leiden tot de ontbinding van de insolvente vennootschap. De bewoordingen van deze bepaling bevatten echter geen enkele aanwijzing dat het begrip „insolventie” niet in de gebruikelijke betekenis ervan moet worden opgevat, maar moet worden geacht te zijn beperkt tot situaties waarin de activiteiten van de aanvankelijke aannemer die de uitvoering van de overheidsopdracht mogelijk maken, althans gedeeltelijk, worden voortgezet.
- 29 Een dergelijke aanwijzing komt evenmin voor in overweging 110 van deze richtlijn, waarin insolventie, samen met zuiver interne reorganisatie, overname, fusies en acquisities, wordt genoemd als een situatie die „bepaalde structurele veranderingen” van de opdrachtnemer inhoudt.
- 30 In dit verband zij opgemerkt dat artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 en daarmee het begrip „insolventie” strikt moeten worden uitgelegd, aangezien dit artikel, zoals blijkt uit de punten 20 en 21 van het onderhavige arrest, een uitzondering bevat. Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, mag deze uitlegging die uitzondering evenwel niet haar nuttige effect ontnemen. Dit is echter wel het geval indien het begrip „insolventie” wordt

beperkt tot situaties waarin de activiteiten van de aanvankelijke aannemer die onder de betrokken raamovereenkomst vallen door de nieuwe aannemer, althans gedeeltelijk, worden overgenomen, en indien dit begrip niet in zijn gebruikelijke, ruimere betekenis wordt opgevat.

- 31 Uit de bewoordingen van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 volgt dus dat het begrip „herstructurering” de structurele wijzigingen van de aanvankelijke aannemer omvat, met name de insolventie waarin het faillissement dat tot de liquidatie leidt is begrepen.
- 32 Deze tekstuele uitlegging van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 is bovendien in overeenstemming met het hoofddoel van artikel 72 van deze richtlijn, zoals dat is uiteengezet in de overwegingen 107 en 110 ervan. Volgens deze overwegingen beoogt richtlijn 2014/24 duidelijkheid te verschaffen over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen, rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het Hof en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling.
- 33 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat deze uitlegging van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 berust op de gebruikelijke betekenis van de in deze bepaling gebruikte begrippen zonder dat daarvoor, anders dan bij de door Dustin en de Commissie voorgestelde uitlegging, aanvullende criteria nodig zijn die niet in die bepaling voorkomen.
- 34 In de tweede plaats houdt die uitlegging rekening met de rechtspraak van het Hof, met name met het arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), waaruit volgt dat de interne herstructurering van de aanvankelijke aannemer een niet-wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht kan vormen, waarvoor geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden uitgeschreven.
- 35 In overweging 110 van richtlijn 2014/24 wordt insolventie namelijk zonder voorbehoud genoemd als een van de mogelijke structurele wijzigingen van de aanvankelijke aannemer die niet in strijd zijn met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling waarop die rechtspraak is gebaseerd. Zoals de advocaat-generaal in de punten 84 en 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vormt de insolventie van de aanvankelijke aannemer, met inbegrip van het faillissement dat tot de liquidatie van deze aannemer leidt, een buitengewone omstandigheid die zich voordoet nadat de betrokken overheidsopdracht of raamovereenkomst overeenkomstig richtlijn 2014/24 reeds is opengesteld voor mededinging, en kan zij op grond van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van deze richtlijn niet leiden tot andere wezenlijke wijzigingen, met name wijzigingen betreffende de aanvankelijk vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria, noch beogen om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.
- 36 De in punt 34 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak heeft echter geen betrekking op de insolventie van de aanvankelijke aannemer, noch, in het algemeen, op situaties waarin een wezenlijke wijziging van de aanvankelijke aannemer geen nieuwe mededingingstelling vereist. Bijgevolg verzet deze rechtspraak zich niet tegen de uitlegging die voortvloeit uit punt 31 van het onderhavige arrest.
- 37 De uitlegging van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 in de in punt 31 van het onderhavige arrest uiteengezette zin vindt ook steun in de specifieke doelstelling van de in die bepaling opgenomen uitzondering, namelijk, zoals de advocaat-generaal in de punten 82 en 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt, het invoeren van een zekere soepelheid bij de toepassing van de regels teneinde pragmatisch te reageren op een geheel van buitengewone situaties, zoals de insolventie van de opdrachtnemer, die hem belet de betrokken overheidsopdracht uit te voeren. Zoals de advocaat-generaal in punt 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt, doet het door insolventie ontstane probleem, waarop de Uniewetgever een antwoord heeft willen bieden, zich niet anders voor naargelang de activiteiten van de opdrachtnemer die insolvent is geworden geheel of gedeeltelijk worden voortgezet dan wel volledig worden stopgezet.
- 38 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een ondernemer die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer – die tot diens liquidatie heeft geleid – slechts

de rechten en verplichtingen van deze laatste heeft overgenomen die voortvloeien uit een met een aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, moet worden geacht onder gedeeltelijke titel in de positie van deze aanvankelijke aannemer te zijn getreden ten gevolge van herstructurering van de onderneming in de zin van die bepaling.

Kosten

(...)

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 72, lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG dient aldus te worden uitgelegd dat een ondernemer die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer – die tot diens liquidatie heeft geleid – slechts de rechten en verplichtingen van deze laatste aannemer heeft overgenomen die voortvloeien uit een met een aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, moet worden geacht onder gedeeltelijke titel in de positie van deze aanvankelijke aannemer te zijn getreden ten gevolge van herstructurering van de onderneming in de zin van die bepaling.”

Noot onder Hof van Justitie 3 februari 2022, nr. C-461/20

Overdracht van een overheidsopdracht ingeval van faillissement

1. **Feiten bodemgeschied** – Een publieke opdrachtgever heeft meerdere raamovereenkomsten gesloten voor de aanschaf van IT-hardware in een niet-openbare aanbestedingsprocedure. Eén van de raamcontractpartners gaat vervolgens failliet. Met goedkeuring van de aanbestedende dienst draagt de curator enkele IT-raamovereenkomsten over aan een derde bedrijf, dat voorheen niet contractueel gebonden was. Een andere wel reeds gebonden raamovereenkomstpartner adieert naar aanleiding van deze overdracht het bevoegde Zweeds rechtscollege. Zij voert aan dat het derde bedrijf geen bedrijfsonderdelen of andere activa van de insolvente onderneming geheel of gedeeltelijk heeft overgenomen, maar enkel de desbetreffende raamovereenkomsten, wat volgens haar niet is toegelaten conform Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

2. **Rechtsvraag** – Onderhavige zaak betreft een prejudiciële vraag die peilt naar de draagwijdte van artikel 72, lid 1, onder d), ii), van Richtlijn 2014/24/EU, zoals omgezet in Belgisch recht in artikel 38/3, 2° van het Koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna: Kb AUR). Deze bepaling voorziet (o.m.) in een uitzondering op de standaard plaatsingsprocedure van opdrachten ingeval de opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht *insolvent* wordt. Het Hof wordt gevraagd onder welke voorwaarden deze uitzondering van toepassing is, en meer in het bijzonder of deze uitzondering vereist dat de vervanger van de aanvankelijke aannemer niet alleen de betrokken overheidsopdracht van deze laatste overneemt, *maar ook ten minste een deel van diens activiteiten*.

3. **Systematiek** – Eén van de belangrijkste nieuwigheden van Richtlijn 2014/24/EU betreft het in belangrijke mate terugdraaien van de zgn. Presetext-rechtspraak van het Hof van Justitie.¹ Op basis van die rechtspraak diende iedere voorgenomen wijziging van een opdracht (waarvan de geraamde waarde de toepasselijke Europese drempel overschreed) op zijn al dan niet wezenlijk karakter te worden

¹ HvJ 19 juni 2008, C-454/06, Presetext Nachrichtenagentur GmbH.

getoetst. Slechts ingeval de wijziging een niet-wezenlijke wijziging betrof, moest de wijziging niet het voorwerp vormen van een nieuwe overheidsopdracht.²

Momenteel geldt het door deze rechtspraak gevestigde uitgangspunt nog steeds: de vervanging van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund door een nieuwe aannemer, moet worden aangemerkt als een essentiële wijziging van de betrokken overheidsopdracht, waardoor opnieuw mededinging moet worden georganiseerd (cf. artikel 38/6 Kb AUR). Dat zijn de eisen die voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting.³

Maar met de inwerkingtreding van Richtlijn 2014/24/EU is de voornoemde toets naar het al dan niet wezenlijk karakter van de wijzigingen (grotendeels) vervangen door enkele onweerlegbare vermoedens⁴, waaronder het vermoeden dat de wijziging niet-wezenlijk is wanneer de vervanging van de opdrachtnemer het gevolg is van een rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel.⁵ Vereist is wel dat de rechtsopvolging in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer het *gevolg is van een herstructurering* van de onderneming, o.m. door insolventie, door een andere onderneming die voldoet aan de aanvankelijke vastgestelde selectiecriteria én mits dit geen wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt én niet bedoeld is om de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen (samenlezing artikelen 38/6, 4^o en 38/3, 2^o Kb. AUR). Eén en ander zal worden gecontroleerd door de aanbestedende overheid, wat impliceert dat zij hun toestemming moeten geven voor dergelijke overdrachten.⁶

4. Overwegingen Hof – Het Hof benadrukt vooreerst, onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal, dat uit de bewoordingen van deze uitzonderingsbepaling blijkt dat die zowel op een algemene als *gedeeltelijke* rechtsopvolging van toepassing is. Daaruit volgt dat de rechtsopvolging beperkt kan blijven tot de overname van enkel een overheidsopdracht of raamovereenkomst die tot de activa van de aanvankelijke failliete aannemer behoort. Uit het vereiste dat de uitzonderingsgrond niet kan worden aangewend om de aanbestedingsregels te omzeilen volgt niet dat meer moet worden overgedragen dan alleen een overheidsopdracht of raamovereenkomst. Uiteraard moet de nieuwe aannemer wel voldoen aan de aanvankelijk vastgestelde selectiecriteria.

Het Hof gaat vervolgens dieper in op het vereiste van herstructureringen en het in de regelgeving opgenomen voorbeeld van insolventie. Het begrip “insolventie” omvat structurele wijzigingen van de aannemer waarin het faillissement tot liquidatie leidt. In tegenstelling tot de andere voorbeelden van herstructureringen die in de regelgeving worden opgenomen (overname, fusie, acquisitie), worden de activiteiten bij insolventie niet steeds verdergezet. Volgens het Hof moet herstructurering daarom niet slechts geïnterpreteerd worden als een situatie waarin de activiteiten van de eerste aannemer deels of geheel worden voortgezet. Als men herstructurering uitsluitend zo zou interpreteren, en niet ruimer, dan zou hiermee het nuttig effect van de betrokken bepaling verloren gaan. Bijgevolg moet onder herstructurering ook faillissementen worden begrepen die tot liquidatie van de onderneming leiden, waarna slechts een raamovereenkomst of overheidsopdracht van de onderneming wordt voortgezet.

5. Beslissing – Artikel 72, lid 1, onder d), ii), van Richtlijn 2014/24/EU dient aldus te worden uitgelegd dat een ondernemer die na de faillietverklaring van de aanvankelijke aannemer – die tot diens liquidatie heeft geleid – slechts de rechten en verplichtingen van deze laatste aannemer heeft overgenomen die voortvloeien uit een met een aanbestedende dienst gesloten raamovereenkomst, *moet worden geacht onder gedeeltelijke titel in de positie van deze aanvankelijke aannemer te zijn getreden ten gevolge van herstructurering van de onderneming in de zin van die bepaling.*

² V. CHRISTIAENS en J.-M. WOLTER, “Wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering in het licht van het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 september 2016” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2016-2017*, Brussel, EBP, 2017, 468-479.

³ HvJ 7 september 2016, nr. C-549/14, Finn Frogne.

⁴ Zie artikel 72, lid 1 en 2 van de Richtlijn. Ingeval geen van deze vermoedens toepasselijk zijn, moet het al dan niet wezenlijk karakter van de wijziging nog steeds worden getoetst. De rechtsleer merkt evenwel op dat de uitzonderingsgronden dermate ruim zijn geformuleerd dat zij haast iedere wezenlijke wijziging afdekken: zie B. GHEYSENS, P. FLAMEY, C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht: boek III: de uitvoering van overheidsopdrachten: artikelsgewijze commentaar van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 215-216.

⁵ *Ibid.*

⁶ L. WESTHOVENS, *Zakboekje Overheidsopdrachten. Klassieke sectoren*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 435.

6. Belang – Deze rechtspraak maakt het voor curatoren eenvoudig(er) om lopende overheidsopdrachten in de boedel over te dragen aan andere ondernemingen. De aanbestedende dienst zal daardoor niet opnieuw een overheidsopdracht moeten uitschrijven, maar kan zich kwijten van haar verplichtingen louter door in te stemmen met een voorstel tot vervanging van de aanvankelijke failliete opdrachtnemer. Uiteraard moeten zij wel controleren of de nieuwe opdrachtnemer voldoet aan de oorspronkelijke selectiecriteria.

Bij de vervanging mogen geen andere wezenlijke wijzigingen worden overeengekomen, zoals prijs of materiaal. Bovendien doet deze rechtspraak geen afbreuk aan de rechtsgeldigheid van clausules die voorzien in de automatische beëindiging van de overheidsopdracht ingeval van faillissement die desgevallend door de aanbestedende overheid zijn opgenomen in de overeenkomst.

Alzo werkt deze rechtspraak pragmatisme in de hand. Het faillissement van de aanvankelijke opdrachtnemer is een uitzonderlijke situatie. In het belang van de aanbestedende dienst en de schuldeisers van de failliete opdrachtnemer is snel kunnen schakelen aangewezen. De leidraad van de Vlaamse overheid inzake faillissementen van opdrachtnemers biedt nog steeds handige handvaten om dergelijke situaties te beoordelen, maar moet worden gelezen in het licht van deze rechtspraak.